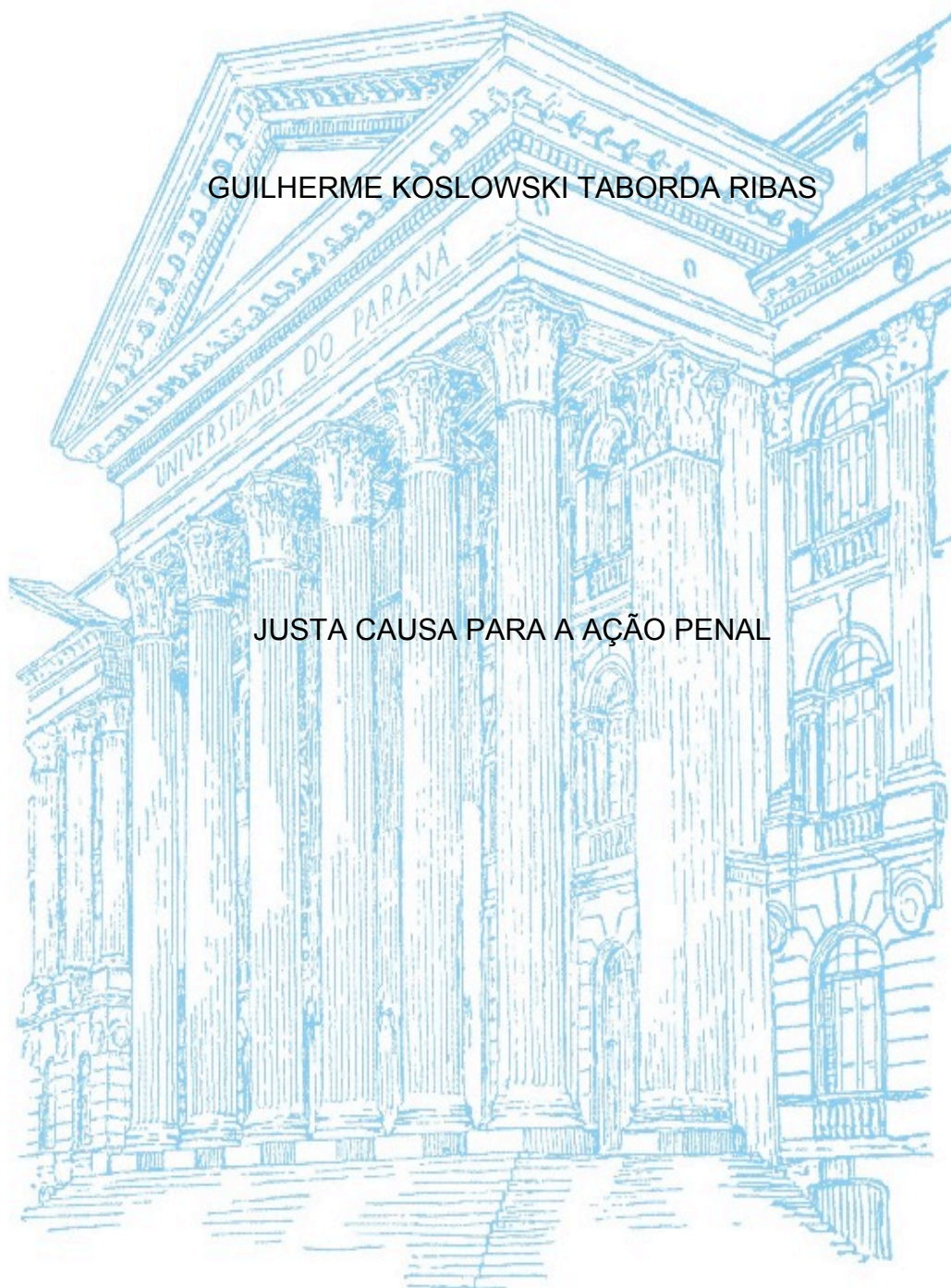


UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GUILHERME KOSLOWSKI TABORDA RIBAS

JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL



CURITIBA
2012

GUILHERME KOSLOWSKI TABORDA RIBAS

JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: André Ribeiro Giamberardino

CURITIBA
2012

TERMO DE APROVAÇÃO

GUILHERME KOSLOWSKI TABORDA RIBAS

JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof André Ribeiro Giamberardino
Orientador

Prof^a. Clara Maria Roman Borges
Departamento de Direito Penal e Processual Penal

Prof^a. Priscilla Placha Sá
Departamento de Direito Penal e Processual Penal

Curitiba, ____ de dezembro de 2012.

RESUMO

Esta pesquisa trata da justa causa na ação penal, e se inicia pela demonstração de inaplicabilidade do conceito de lide, tal qual formulada por CARNELUTTI, no processo penal. Depois refuta-se a tão propalada teoria unitária, que defende a Teoria Geral do Processo. Com base no descarte do conceito de lide no processo penal, foi possível estabelecer as bases para uma Teoria Geral do Processo Penal, posto que aquela estava arraigada no conceito de lide, típico do processo civil. A pesquisa avança sobre as condições da ação no processo civil (possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimação) para, passo seguinte, demonstrar a inaplicabilidade das duas primeiras ao processo penal: diante do princípio da indefectibilidade, o processo penal já seria necessário e suficientemente útil por si só. Passa-se, então, ao exame das demais condições da ação penal, mais especificamente da justa causa, abordando-se sua natureza jurídica e diversas acepções da expressão, para, fielmente, chegar-se à justa causa como condição da ação penal, ao lado da tipicidade aparente e punibilidade concreta existentes no processo penal brasileiro.

Palavras-chave: Lide. Teoria Geral do Processo. Condições da Ação (Civil e Penal). Justa causa.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 TRANSPOSIÇÃO DOS CONCEITOS DA TEORIA GERAL DO PROCESSO PARA O DIREITO PROCESSO PENAL: PROBLEMAS	9
2.1 A lide no processo penal	9
2.2 A Teoria Geral do Processo	16
3 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO À LUZ DO PROCESSO CIVIL E A TEORIA LIEBMANIANA	19
3.1 Possibilidade jurídica.....	21
3.2 Interesse de agir.....	23
3.3 Legitimação	24
4 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO FRENTE ÀS PARTICULARIDADES DO PROCESSO PENAL	26
4.1 Tipicidade objetiva.....	29
4.2 Punibilidade concreta	30
4.3 Legitimidade de parte	31
5 A JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL.....	33
5.1 Natureza jurídica	33
5.2 As diversas acepções do termo justa causa	37
5.3 A justa causa em seu sentido estrito.....	41
6 CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	46

1. INTRODUÇÃO

De modo geral, toda decisão judicial demanda fundamentação por parte do magistrado que a profere. Essa regra decorre do texto constitucional, cujo artigo 93, IX dispõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”. Essa fundamentação, registre-se, deve estar vinculada à prova ou aos indícios presentes no processo ou no inquérito policial, pois não se concebe fundamentação genérica, alheia dos elementos dos autos sobre quais a decisão judicial produzirá efeitos.

No processo penal, a exigência da motivação adquire especial importância, posto que em jogo interesses de caráter fundamental, como a liberdade do sujeito investigado ou acusado da prática de uma infração penal.

Por isso, decisões como a quebra de sigilo telefônico, a que decreta a prisão preventiva ou a que recebe denúncia ou queixa-crime, dando início à persecução criminal em juízo, são significativos exemplos cuja fundamentação revela-se extremamente necessária não só por obrigação constitucional, mas também por uma questão de justiça.

Isto porque configuram atos jurisdicionais que impõem alta carga de constrangimento ao indivíduo e, portanto, devem apresentar uma “justa causa” – vale dizer, uma causa conforme ao direito, às regras e aos princípios vigentes –, que justifique o deferimento da medida.

No entanto, a prática do foro tem evidenciado que atos processuais desse jaez costumam vir a tona com fundamentação deficiente, muitas vezes inexistente. Não raro encontramos decisões judiciais que recebem a denúncia ou a queixa por mero despacho apostado na inicial, sem que se proceda a um exame dos indícios carreados no decorrer da investigação policial, de maneira a constatar a existência de um mínimo de prova que autorize concluir pela legitimidade da acusação deduzida em juízo.

Esse mínimo de prova, consubstanciado na existência material do delito e em indícios suficientes de autoria, bem como em alguma prova da sua ilicitude e censurabilidade da conduta, é o que a doutrina tem chamado de justa causa para a ação penal.

Muito tem debatido a doutrina acerca da natureza jurídica da justa causa no processo penal brasileiro. Alguns a defendem como condição da ação existente

especificamente para a ação penal, uma vez que as demais seriam aquelas já existentes no processo civil (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimação). Outros a veem não como uma categoria própria, mas relacionada ao interesse de agir da acusação (a exemplo, Rogério Lauria TUCCI¹) ou à possibilidade jurídica (Ada Pellegrini GRINOVER *et alli*²).

Pretende-se defender, aqui, a corrente que vislumbra na justa causa uma verdadeira condição para o regular exercício da ação penal, além de outras próprias para o processo penal (tipicidade aparente, punibilidade concreta e legitimidade), abandonando-se as condições da ação idealizadas por LIEBMAN para o processo civil ou pelo menos reformulando-as de forma a atender as peculiaridades existentes no processo penal.

Para tanto, adotando como referencial teórico obra de COUTINHO³, o primeiro capítulo tratará do termo lide formulado por CARNELUTTI, rechaçando-a da aplicação no processo penal. Depois, coloca-se em cheque a adoção de uma teoria geral do processo, tão propalada na doutrina, mas cujos inconvenientes se deram a partir do transporte da lide do processo civil para o processo penal, sem um exame mais acurado do problema que isso poderia representar.

O segundo capítulo cuidará de resgatar as condições da ação no processo civil (interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e legitimidade) a partir da teoria de seu idealizador, LIEBMAN, para, então, chegar-se ao quarto capítulo, em que se poderá analisar as condições específicas da ação penal (tipicidade aparente, punibilidade concreta e legitimação).

A justa causa, embora sob o ponto de vista da presente pesquisa seja considerada também uma condição da ação penal, é tratada em capítulo próprio, a fim de se examinar, de início, as diversas correntes doutrinárias que se debruçaram acerca de sua natureza jurídica, inclusive como categoria que se sobreporia sobre as condições da ação, mas com elas se relacionaria na medida em que a falta de qualquer delas implicaria a falta de justa causa.

Também se analisa a justa causa em seu sentido lato, que descamba das balizadas do processo penal para alcançar diversos outros ramos do direito, como o

¹ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarence; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989.

direito do trabalho. Depois se verifica que, mesmo no processo penal, a expressão assume diversos enfoques, relacionando-se com a prisão cautelar, como motivação para a concessão de *habeas corpus* quando fato narrado à evidência não constitui infração penal ou, então, como elemento identificados dos casos de coação ilegal, nos termos do artigo 648, I do Código de Processo Penal.

Por fim, aborda-se a justa causa no sentido estrito do termo, objeto central deste trabalho, ou seja, como condição para o regular exercício da ação penal, cuja falta implica a rejeição da denúncia ou queixa-crime.

2. TRANSPOSIÇÃO DOS CONCEITOS DA TEORIA GERAL DO PROCESSO PARA O DIREITO PROCESSUAL PENAL: PROBLEMAS

2.1. A lide no processo penal

Durante séculos, a ação foi considerada como o direito de pedir em juízo aquilo que é devido (*ius quod sibi debeat in iudicio persequendi*).

Trata-se da teoria imanentista do direito de ação, segundo a qual, de acordo com CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, "a ação seria uma qualidade de todo direito ou o próprio direito reagindo a uma violação"⁴, do que resultava, ainda segundo os autores, "em três consequências inevitáveis: não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito."⁵

A ação só veio a ser tratada como ramo autônomo do direito, em meados do século XIX, a partir da polêmica instaurada entre Bernhard WINDSCHEID e Theodor MUTHER sobre a *actio* romana.

Com efeito, em síntese feliz, os citados autores, salientando que a doutrina de ambos antes se complementam do que se repelem, destacam que

Muther, combatendo algumas idéias de Windscheid, distinguiu nitidamente direito lesado e ação. Desta, disse, nascem dois direitos, ambos de natureza pública: o direito do ofendido à tutela jurídica do Estado (dirigido contra o Estado) e o direito do Estado à eliminação da lesão, contra aquele que a praticou. Apesar de replicar com veemência, Windscheid acabou por aceitar algumas idéias do adversário, admitindo um direito de agir, exercível contra o Estado e contra o devedor.

Entretanto, todos os estudiosos que se dedicaram a estudar o tema *ação* o fizeram sob a ótica do processo civil, no qual a existência de uma *lide* é condição da ação (binômio necessidade-utlidade da jurisdição) cuja ausência importa na extinção do processo sem resolução do seu mérito, conforme artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil.

A lide, pois, entendida como um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita, foi transferida para o processo penal. Atribui-se tal providência ao processualista italiano CARNELUTTI, e isso, nas palavras do

⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 268.

⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 268.

Professor Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, representou

o que de pior aconteceu ao direito processual penal em todos os tempos, não só porque a base era imprestável - a noção de lide -, mas principalmente pelo fato do processo penal passar a ser raciocinado, sem barreiras, com olhos amalgamados a uma visão epistêmica de natureza patrimonial, mercantil, enfim, civilista.⁶

Para CARNELUTTI, prossegue o citado autor, "ou se aceita a lide na sede do processo penal - como ele o fazia - ou, para ser coerente, dá-se ao mesmo a jurisdição voluntária"⁷.

Isto porque a finalidade essencial do processo seria a justa composição da lide, mas, além disso, há também objetivos acessórios, tais como *"la costituzione, la modificazione o la risoluzione di un rapporto giuridico (processo costitutivo) e il conseguimento di un titolo esecutivo (processo di condanna)"*⁸, de modo que o fim acessório "pode subsistir sem o fim principal e sustentar por si só o processo"⁹.

De acordo com o processualista italiano, sem lide, o processo pode existir, mas, nesse caso, a sentença não terá caráter de ato jurisdicional.

Assim, quando a finalidade essencial do processo não se faz presente, há um "processo sem lide", de natureza administrativa (dita jurisdição voluntária).

Não há como defender a tese de CARNELUTTI.

Acontece que na jurisdição voluntária a coisa julgada não se forma. Seria possível, portanto, defender que, numa ação penal em que o réu é confesso e o juiz proferiu sentença com base nas provas produzidas tanto pelo Ministério Público como pela defesa, condenando o acusado, esgotados todos os recursos, a sentença não teria força de coisa julgada material, podendo ser rediscutida a todo instante?

A resposta é negativa, porque, nesse caso,

tem-se um processo com estrutura do contraditório e concluído [...] por sentença destinada a transitar em julgado. Essa, portanto, não só tem a forma mas também a substância de uma verdadeira sentença que, diz

⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. XIV.

⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 36.

⁸ CARNELUTTI, F. **Lezioni di diritto processuale civile**. Volume II. Padova: Cedam, 1926, reimpressão 1986, p. 148. Apud MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 36.

⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 37.

INVREA, vincula-se à constituição da coisa julgada e não à lide.¹⁰

Portanto, mesmo que haja confissão por parte do réu ou que ele concorde em se submeter à sanção penal, nada disso dispensa o processo criminal.

Nas palavras do Professor COUTINHO, citando o processualista italiano PIERO CALAMANDREI:

[...], é indiferente à atuação jurisdicional qualquer atitude das partes no sentido de conciliação dos interesses: com conflito ou sem ele - e isso parece elementar em uma análise prática - atua para decidir se aplica ou não a sanção penal. Há portanto, no dizer de CALAMANDREI, uma incerteza quanto ao fundamento jurídico da punição (determinada *a priori* na lei) que se pretende, sanável tão-somente através da atuação jurisdicional que aparece como condição *sine qua non* da mudança jurídica a ser produzida com a decisão.

Mostra-se necessário recordar e ter sempre em mente a indefectibilidade da jurisdição na esfera penal. Quando se tem como certo que a sanção só tem lugar através da mesma e, de consequência, do regular processo, meter a campo um conflito intersubjetivo de interesses para sustentar o conteúdo do processo parece ser uma heresia, porque esse 'não tem o escopo de remover um desacordo existente entre acusador e acusado sobre a existência do crime e na medida da pena, sem que o processo perca a sua razão de ser onde esse desacordo seja amigavelmente composto entre os dois litigantes.¹¹

É interessante observar que essas ponderações aplicam-se não só para o acusado e sua defesa, mas também para a "acusação".

CARNELUTTI disse haver pretensão "quando uma das partes afirma contra uma outra que lhe compete, em um conflito de interesses, a proteção do direito"¹². A pretensão integra o conceito de lide (que é, repise-se, o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida). Portanto, sem pretensão – e pretensão resistida, observe-se –, não há lide.

Pressuposto da atuação da jurisdição seria, pois, a existência de uma lide?

Já se viu que não, pois a jurisdição pode ser voluntária, atuando nos casos de processo sem lide.

¹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 68.

¹¹ CALAMANDREI, Piero. Linee fondamentali del processo civile inquisitorio. Opere Giuridiche, Napoli, Morano, 1966, p. 163-164. CALAMANDREI, Piero. Il concetto di lide nel pensiero di Francesco Carnelutti. in: Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, 1928, p. 16. - Linee fondamentali del processo civile inquisitorio. Opere Giuridiche, Napoli, Morano, 1966. Apud COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 42.

¹² CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile**. Volume I. Padova: Cedam, 1926, reimpressão 1986, p. 299. Apud COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 29.

CALAMANDREI, por outro lado, defendeu a existência de um conflito de interesses que sempre estaria presente no processo penal, mesmo havendo, por parte do Ministério Público, o reconhecimento da inocência do acusado ou mesmo em face do pedido de absolvição pelo órgão ministerial; também não afastaria, por igual, a existência do conflito a confissão do réu ou a concordância dele com a aplicação da sanção penal. Tal conflito residiria no interesse do Estado à punição e outro interesse público relativo à defesa da liberdade individual¹³.

Recorrendo mais uma vez à lição de COUTINHO, vê-se:

Transportando a discussão para o processo penal, pode-se nitidamente colher o fundamento da assertiva. CALAMANDREI - embora referindo-se sempre ao Ministério Público, o que estimula certa dúvida sobre a exata compreensão da lide quanto ao processo penal - sustenta a existência do conflito de interesses ainda quando o MP retire a acusação (*sic*) e reconheça a inocência do imputado (ou até peleje pela absolvição); ou quando, da outra parte, o réu confesse a sua culpa (ou até, no extremo, queira ser punido), fazendo desaparecer um aparente conflito entre ambos, pois esse pouco importa. Para além dele há o verdadeiro, entre os interesses públicos à punição contraposto à tutela da liberdade, conflito esse que **jamais deixa de estar presente**, embora às vezes possa estar latente.¹⁴

De todo modo, é interessante observar a conclusão a que chega o ilustre professor, ao mencionar que a posição de CARNELUTTI sobre o conceito de lide aplicável ao processo penal seria, no mínimo, "caolha". É que o interesse, elemento essencial à lide¹⁵, não seria imprescindível no processo penal, dada a irrelevância da vontade da vítima para a sua instauração¹⁶, pelo menos quando se está a tratar da ação penal pública incondicionável à representação do ofendido (art. 24 do Código de Processo Penal).

Assim como CALAMANDREI, GIULIO PAOLI dirigiu severas críticas à teoria de CARNELUTTI sobre a aplicabilidade do conceito de lide ao processo penal, lide esta que não se verificaria nem entre a vítima e o imputado, tampouco entre este e o

¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 44.

¹⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 45.

¹⁵ Vale rememorar a lição de CARNELUTTI segundo a qual existe lide "quando alguém pretende a tutela de um interesse seu em contraste com o interesse de outro e esse resiste mediante a lesão do interesse ou mediante a lesão do interesse ou mediante a contestação da pretensão" (CARNELUTTI, Francesco. **Lite e funzione processuale (postilla)**. In: *Rivista di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1928, p. 29. Apud COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 49.

¹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 49.

Ministério Público, pois este "é um sujeito da ação e não da lide", sendo que "a lide não seria entre os sujeitos da ação, 'mas entre os sujeitos do conflito, vale dizer, entre os sujeitos da relação (verdadeira ou presumida)'"¹⁷.

PAOLI vai além e ainda refuta a ideia de CALAMANDREI, para quem, no processo penal, haveria sempre dois conflitos de interesses, ao final do qual um teria de ser sacrificado. Refere, para tanto, a hipótese em que o Ministério Público pugna pela absolvição do imputado, pois seu interesse reside na condenação do culpado, não propriamente do acusado¹⁸.

Sobre a inexistência de lide imputado e vítima, apontou o exemplo do ladrão e do roubado, referindo

porque ele [roubado] não é sujeito nem da relação punitiva, nem da ação penal; porque pode ter sido completamente ressarcido; porque pode ter sido perdoado completamente; porque, em suma, o processo penal subsiste independentemente da mais ampla eliminação de conflito entre roubado e ladrão; porque, enfim, o imputado pode não ser o ladrão (e portanto não haver lesão de interesse por ele produzida) e o roubado pode reconhecer que o imputado não é o ladrão (e portanto não haver contestação na espécie).¹⁹

Conclui, portanto, que no processo penal não há sucumbência do Estado, posto que "seu interesse amolda-se ao do particular quando da absolvição"²⁰.

Como se vê, o conceito de lide é absolutamente descartável no processo penal. De fato, havendo ou não conflito de interesses, revelando-se ou não resistida a pretensão, a atuação jurisdicional é inafastável dada a natureza dos interesses em jogo (direito fundamental à liberdade, precipuamente).

Afinal, consoante concluiu COUTINHO ao analisar a teoria de PISAPIA, que aceita a lide penal como uma controvérsia que remonta a um conflito ao menos potencial de interesses, resolvida por um órgão imparcial "que tem o poder de

¹⁷ PAOLI, Giulio. **La nozione di lite nel processo penale**. In: Rivista di diritto processuale penale. Padova: Cedam, 1930 p. 66. Apud COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 55-56.

¹⁸ PAOLI, Giulio. **La nozione di lite nel processo penale**. In: Rivista di diritto processuale penale. Padova: Cedam, 1930 p. 67. Apud COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 57.

¹⁹ PAOLI, Giulio. **La nozione di lite nel processo penale**. In: Rivista di diritto processuale penale. Padova: Cedam, 1930 p. 69. Apud COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 60.

²⁰ PAOLI, Giulio. **La nozione di lite nel processo penale**. In: Rivista di diritto processuale penale. Padova: Cedam, 1930 p. 68. Apud COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 58.

decidir o conflito de modo obrigatório e vinculante"²¹, bem como considera presente a pretensão punitiva do Estado frente à pretensão de liberdade do cidadão:

[...] se a lide penal é um conflito de pretensões, como se quer, as mesmas são imprescindíveis à sua existência. Sem elas, portanto, não há lide e, em consequência, o processo perde o conteúdo e não tem razão uma decisão jurisdicional sobre a matéria. No processo penal, todavia, como se viu, pode a pretensão não estar presente e o processo continua até final decisão. Das duas, uma, então: ou não há lide e o conteúdo do processo penal é outro ou os argumentos utilizados para justificá-la não servem.²²

CHIOVENDA, por sua vez, era adepto da teoria objetivista, que propugna o trabalho do juiz não propriamente sobre o acusado e o delito supostamente por ele cometido. Ao revés, operaria o juiz "completamente fora dele, sem nem mesmo ter a preocupação de convencer a parte que, teoricamente, errou"²³.

Nesse cenário, a finalidade da jurisdição seria diversa daquela defendida por CARNELUTTI – a quem CHIOVENDA dirigiu duras críticas –, tendo por escopo um atuar "endereçoado a fazer valer a lei"²⁴.

Com efeito, defender a composição da lide como objetivo da jurisdição seria ignorar a realidade dos fatos, pois – é o argumento de CHIOVENDA – pode ocorrer de, prolatada a sentença, a controvérsia não desaparecer de fato, tanto que ao réu é conferida a oportunidade de pedir a revisão da sentença já transitada em julgado, atendidos determinados pressupostos previstos na legislação processual penal (art. 621 e seguintes do Código de Processo Penal).

Portanto, "o fenômeno que sobressai é outro, denotando a estreiteza da composição: a coisa julgada torna o contraste impotente, mesmo que efetivamente ele não desapareça"²⁵.

GALEANO LACERDA sustentou que a lide foi introduzida como elemento essencial a fim de servir de alicerce à edificação de uma teoria unitária do

²¹ PISAPIA, Gian Domenico. **Compendio di procedura penale**. 4ª ed. Padova: Cedam, 1985, p. 4. Apud COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 99.

²² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 101.

²³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 109-110.

²⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 110.

²⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile**. Roma: Foro Italiano, 1930, I, p. 34. Apud COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 110.

processo²⁶.

Anota COUTINHO, contudo, que essa lide não é aquela a que se referiu CARNELUTTI, afinal "quando a mesma vem a ser apresentada ao país, o autor já havia mudado de posição"²⁷, mas a lide penal "apresentada como um conflito de interesses entre o Estado e seu *jus puniendi* e o autor do crime e seu *status libertatis*".²⁸

O conflito de interesses estaria presente, assim, pois mesmo que o indivíduo quisesse se submeter à pena, o interesse repressivo do Estado não pode pronto prevalecer, uma vez que esse mesmo Estado também tutela o *jus libertatis* do autor em tese do crime.

Acontece que, mesmo quando o próprio CARNELUTTI já havia rechaçado esse conceito, a doutrina brasileira a ele se apegou sem uma análise mais acurada do problema que isso poderia representar.

Luciano Marques LEITE foi uma das vozes mais importantes ao referir que "o conceito técnico de 'lide' para servir como noção de 'Teoria Geral do Processo' é inaplicável ao processo penal"²⁹, ao lado de Antônio Acir BREDI, que descartou a lide do anteprojeto de CPP, substituindo-a por "causa", que "é muito melhor que lide e até poderia significar o conteúdo do processo. Mas o próprio argumento da controvertibilidade a aniquila"³⁰.

Assim, se o conceito de lide é inaplicável ao processo penal, cabe questionar, como fez COUTINHO, qual o conteúdo do processo penal. O desafio seria

[...] encontrar uma palavra, uma expressão, adequada ao fenômeno que se dá no processo e, dessa maneira, o melhor é deixar na medida do possível, um menor espaço à indeterminação, por natureza sempre presente. **Caso penal** cumpre o requisito a contento.

Com ele, estamos diante de uma situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo

²⁶ LACERDA, Galeano. **Considerações sobre a reforma processual**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 1975, n 355, p. 12. Apud COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 121.

²⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 128.

²⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 128.

²⁹ LEITE, Luciano Marques. **O conceito de lide no processo penal: um tema de teoria geral do processo**. In: *Justitia*. São Paulo: s.e., 1970, 3º trimestre, p. 195. Apud COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 124.

³⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 128.

penal. Em não sendo auto-executável a sanção, não há outro caminho que o processo para fazer o acertamento do caso penal. A jurisdição, ademais, é indefectível e atua, até o acertamento positivo, de condenação, alheia a elementos de ordem subjetiva.

A subjetividade, destarte, deve tomar nova dimensão. Deve ser considerada, quando necessário, no espaço de disposição que as partes mantêm sobre o caso penal, chegando ao ponto de impor um verdadeiro obstáculo à jurisdição em seu escopo derradeiro. A solução, aqui, não é negar valor à vontade e andar contra o sistema do nosso processo penal que a acolhe, mas, como exceção, tratar de fixá-la nos parâmetros adequados.

A dimensão da influência da vontade das partes, no processo penal, tem uma influência relativa, que não enquadra a integridade dos efeitos frente ao caso penal. Afinal, como antes referido, quando muito dispõe elas sobre a não aplicação da sanção ou, pelo menos, podem atuar de modo a bloquear, insuperavelmente, a efetivação da sanção.³¹

2.2. A Teoria Geral do Processo

O abandono do conceito de lide no processo penal, adotando-se a teoria de COUTINHO e, por consequência, substituindo-o pela expressão caso penal, é o primeiro passo a ser dado rumo à autonomização do direito processual penal frente ao direito processual civil.

Daí é fácil concluir, num segundo momento, que a Teoria Geral do Processo, tão difundida e amplamente aceita na doutrina nacional, também não pode ser aceita.

Assume-se, aqui, com Marco Aurélio Nunes da Silveira, a posição que diferencia a Teoria Geral do Processo da Teoria do Direito Processual Penal. Afinal

segundo o critério da *gestão da prova*, o princípio reitor do processo penal, inquisitivo, é diferente do existente no direito processual civil, dispositivo; além disso, a construção teórica unitária, atualmente proposta pela doutrina, baseia-se fundamentalmente sobre o conceito de *lide*, que é imprestável ao processo penal.³²

De fato, a autonomia científica do direito processual penal, hoje, está fora de questão, porém durante muito tempo foi ele visto como um *apêndice* do direito penal, ao qual se subordinava, tanto que as Ordenações do Reino portuguesas contemplavam, num único livro, o quinto, esses dois ramos do direito³³.

³¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 135.

³² SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **O interesse de agir e sua (in)adequação ao direito processual penal**. 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 16.

³³ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **O interesse de agir e sua (in)adequação ao direito**

Mesmo quando a ciência do direito processual civil passou a ganhar autonomia em relação ao direito civil, o direito processual penal, a seu turno, caminhava a passos de tartaruga no sentido de adquirir sua independência do direito penal.

Quando isso aconteceu, transportaram-se, quase que automaticamente, modelos do direito processual civil para o processo penal, sem uma análise mais acurada do problema que isso poderia representar. Problema cuja noção pode ser divisada a partir da seguinte passagem de obra do Professor AURY LOPES JR.:

O problema é grave, mais grave ainda quando assistimos à imensa parcela da doutrina (e, por consequência, do círculo vicioso [senão incestuoso], também da jurisprudência) falando em *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para as prisões cautelares; defendendo que o objeto do processo penal é a pretensão punitiva (erro histórico de Binding, como explicaremos); invocando o pomposo (mas absolutamente inadequado para nós no processo penal) *pas nultê sans grief* para tratar das nulidades, bem como fazer inadequadas relativizações; negando 'efeito suspensivo' ao Recurso Especial e Extraordinário (por culpa de uma famigerada Lei nº 8.038 pensada para o processo civil); relativizando a competência (esquecendo que no processo penal o juiz natural é garantia fundante); atribuindo poderes instrutórios ao juiz (ativismo judicial); e lecionando que as condições da ação processual penal são as mesmas do processo civil (!), e por aí vai.³⁴

Nesse sentido, o próprio Professor CARNELUTTI reconhece:

em uma palavra, a teoria do processo penal está, ainda, em uma fase de fiel dependência em relação à teoria do processo civil: onde se procura superar o empirismo, serve-se quase exclusivamente de modelos importados. Não digo que não há traços de uma produção própria, mas são quase irrelevantes; e muito menos de uma exportação do campo processual penal àquele do processo civil.³⁵

No Brasil, isso se deveu basicamente por conta da teoria de LIEBMAN sobre as condições da ação, que reinaram tanto no processo civil como no processo penal.

Nas palavras de COUTINHO:

A doutrina tradicional do nosso processo civil-penal, sem muitas indagações sobre as chocantes incoerências que a transferência [conceitos do processo

processual penal. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 17.

³⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, 8ª ed., vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 30.

³⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Cenerentola**. *Rivista di diritto processuale*. Pádua: CEDAM, 1946, v. I, p. 73-75. Apud SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **O interesse de agir e sua (in)adequação ao direito processual penal**. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 17.

civil ao processo penal] provoca, assim atua. Não faz por mal, é verdade, mas procurando, em nome do pressuposto fundamental – a lide, à qual o processo existe como instrumento de sua composição – observar coerentemente os fenômenos processuais. O vício, portanto, está na raiz e não propriamente nos efeitos.³⁶

A ideia, entretanto, não é de se desgarrar por completo dos institutos e conceitos do direito processo civil, mas repensá-los à luz das peculiaridades observadas no processo penal.

Nesse sentido, o próximo capítulo destina-se a repensar as condições da ação, que no processo civil são apresentadas como (i) interesse de agir, (ii) legitimação para agir e (iii) possibilidade jurídica do pedido, porém é preciso deixar claro “a impossibilidade de transferir ao processo penal a postura do processo civil.”³⁷

³⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 143.

³⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 145.

3. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO À LUZ DO PROCESSO CIVIL E A TEORIA LIEBMANIANA

A teoria eclética do direito de ação, adotada pelo nosso Código de Processo Civil de 1973, idealizada por Enrico Tullio LIEBMAN, preconiza a ação como um direito autônomo e abstrato, porém condicionada a determinados elementos cuja ausência obstará a análise do mérito da causa pelo Estado-Juiz.

Ao analisar se estariam presentes as condições de ação em determinado processo, segundo LIEBMAN, o juiz não estaria a exercer verdadeira jurisdição, sendo que essa atividade estaria reservada a decisão de mérito.

Em sua obra *O despacho saneador e o julgamento de mérito*, ele sustentou que o juiz deveria reservar à sentença apenas o exame do mérito da causa, ao passo que, no despacho saneador, decidiria sobre as questões preliminares alusivas aos pressupostos processuais e às condições da ação. De modo que essa fase operaria mais como "um filtro para evitar que haja exercício da jurisdição quando faltam os requisitos que a lei considera indispensáveis para que se possam alcançar resultados satisfatórios"³⁸. Em seu entender

recusar o julgamento ou reconhecê-lo possível não é ainda propriamente julgar; são atividades que por si próprias nada têm de jurisdicionais e adquiririam esse caráter só por serem uma premissa necessária para o exercício da verdadeira jurisdição. A ordem jurídica tende, com a jurisdição, ao fim de realizar-se praticamente. Esse fim é conseguido pela decisão de mérito, não pelo exame da existência das condições para que ela possa ser proferida.³⁹

Assim, para LIEBMAN, a ação seria o direito à sentença de mérito que só existiria se presentes as condições da ação.

Contudo, sustentar a tese de LIEBMAN de que a carência dessas condições equivaleria a uma ação inexistente é, como assevera Marco Aurélio Nunes da Silveira, um erro, "porque se confunde *exercício* [do direito de ação] com *obtenção*

³⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. **O despacho saneador e o julgamento de mérito**. *Estudos sobre processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 128. Apud SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de Processo Civil, volume 1, tomo I: processo de conhecimento**. 8ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 83.

³⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **O despacho saneador e o julgamento de mérito**. *Estudos sobre processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 128. Apud SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de Processo Civil, volume 1, tomo I: processo de conhecimento**. 8ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 83.

de tutela”⁴⁰. E, citando o professor Humberto THEODORO JÚNIOR, para quem “sempre haverá uma sentença para declarar que tais condições não ocorrem e, dessa forma, o direito de ação estará atendido pelo julgado que declarar a inexistência das supostas condições”⁴¹.

A crítica do Professor OVÍDIO BAPTISTA também é incisiva, reportando-se ao fato de que também o réu tem direito a que o juiz decida a lide no mérito, posto que, citado, não pode o autor desistir da ação sem a sua concordância:

[...], confunde LIEBMAN, mais uma vez, o direito à sentença de mérito – que é o ‘estado’ de quem tem direito – com a ação que corresponde ao seu *exercício*. Direito e pretensão (exigibilidade) à tutela jurídico-processual, portanto pretensão a que o juiz decida a lide no mérito, tanto têm o autor quanto o réu, pois, decorrido o prazo para a defesa, o autor não mais poderá desistir da ação, o que significa que o réu pode compeli-lo a permanecer no processo até a prolação da sentença de mérito.

Portanto, também o demandado tem direito à sentença de mérito, pois é evidente a legitimidade de seu interesse em obter uma sentença que declare a improcedência da ação. E naturalmente não se poderá dizer que o réu, enquanto esteja demandado, esteja a exercer ação. Quem *age* é o autor. É o sujeito do agir (ação). O réu não age, simplesmente *reage* à ação do adversário. O que tanto o réu quanto o autor têm é *pretensão de tutela jurídica, de que é titular, como vimos, também o litigante que não tenha razão*.

De modo que a doutrina de LIEBMAN contém, no mínimo, dois inconvenientes graves: (a) para se manter coerente, teve de imaginar uma atividade prévia, exercida pelo juiz, que ainda não seria ‘verdadeira’ jurisdição, uma espécie de atividade de ‘filtragem’, através da qual o magistrado deve investigar se concorrem os *pressupostos processuais* e as *condições da ação*; (b) acaba por reconhecer um direito de ação tanto ao réu quanto ao autor, resultado que ultrapassa o próprio problema, dissolvendo-o, em vez de resolvê-lo.⁴²

Assim, deve-se concluir que a falta das condições da ação obstará o autor somente a obter a tutela jurisdicional que o levou a juízo.

As condições da ação, hoje admitidas pela doutrina tanto para o processo civil como para o processo penal, segundo LIEBMAN, são possibilidade jurídica, interesse processual e legitimação.

Na verdade, quando mencionadas por LIEBMAN em seu *Manual de Direito Processual Civil*, ele as subdividiu em condições positivas (possibilidade jurídica,

⁴⁰ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 40.

⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Pressupostos processuais e condições da ação do processo cautelar**. Revista Forense, Rio de Janeiro, a. 82, nº 292, 1985, p. 29. Apud SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 40-41.

⁴² SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de Processo Civil, volume 1, tomo I: processo de conhecimento**. 8ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 85.

interesse processual e legitimação) e em condições negativas do direito de ação (“falta de fatos extintivos da ação, como a coisa julgada e a perempção da ação consequente a três absolvições de instância (art. 204 do Cód. de Proc. Civil), e de fatos suspensivos da ação, como o *beneficium excussionis*”⁴³).

Trataremos de cada uma das condições positivas, posto que são as que interessam ao presente trabalho, separadamente.

3.1 Possibilidade jurídica

Por possibilidade jurídica do pedido, entendeu LIEBMAN a “possibilidade para o juiz, na ordem jurídica à qual pertence, de pronunciar a espécie de decisão pedida pelo autor”⁴⁴.

Equivale dizer que, para ser viável juridicamente o pedido deduzido, deve-se verificar se a tutela pretendida encontra expressa previsão no ordenamento jurídico. Dito de outra forma, “deve existir, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação”⁴⁵.

ALLORIO demonstrou o problema desse posicionamento, referindo que “o cotejo do pedido com o direito material só pode levar a uma solução de mérito, ou seja, à sua *improcedência*, caso conflite com o ordenamento jurídico”⁴⁶.

Diante disso é que THEODORO JÚNIOR propõe restringir a possibilidade jurídica ao pedido imediato do autor, ou seja, àquele dirigido contra o Estado-Juiz, relativamente à tutela jurisdicional. Em suas palavras:

A possibilidade jurídica, então, deve ser localizada no pedido *imediato*, isto é, na permissão, ou não, do direito positivo a que se instaure a relação processual em torno da pretensão do autor. Assim, um caso de impossibilidade jurídica do pedido poderia ser encontrado nas disposições legais que vedam a ação investigatória de paternidade adulterina, na

⁴³ LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de direito processual civil**. Tradução de Cândido Rangel. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 223. Apud SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 39.

⁴⁴ LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de direito processual civil**. Tradução de Cândido Rangel. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 223-224. Apud SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 42.

⁴⁵ BUZAID, Alfredo. **Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil**. São Paulo: 1956, p. 88.

⁴⁶ ALLORIO, Enrico. **Problemas de Derecho Procesal**. Buenos Aires, 1963, v.II, p. 270. Apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 50.

constância do casamento do genitor adúltero (Lei nº 883, de 21.10.49). Outros casos similares são os da ação de acidentes do trabalho, antes que se discuta a questão na esfera administrativa, e os de ação em torno de herança de pessoa viva.⁴⁷

O Professor Egas Dirceu MONIZ DE ARAGÃO dirigiu crítica ainda mais enfática ao pensamento de LIEBMAN com relação à conceituação da possibilidade jurídica de forma positiva, ou seja, a uma previsão expressamente da lei que torne o pedido viável. De fato, é sabido que ausência de lei não significa ausência de direito e “o Direito brasileiro há longo tempo conhece preceitos que autorizam o juiz a decidir as causas que lhe sejam submetidas, ainda mesmo que falte uma previsão legislativa a seu respeito”⁴⁸. E continua:

A possibilidade jurídica, portanto, não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à **inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne viável**. Se a lei contiver um tal veto, será caso de impossibilidade jurídica do pedido; faltarão uma das condições da ação.⁴⁹

De todo modo, em 1970, com a edição da lei italiana que instituiu o divórcio, LIEBMAN descartou a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação.

No Brasil, embora o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil também exclua a possibilidade jurídica do elenco das condições da ação, atendendo às críticas da doutrina, persistem, no nosso ordenamento, hipóteses em que se veda expressamente a determinada providência que venha a ser pleiteada em juízo. Tal é o caso, por exemplo, do art. 42, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), segundo o qual “Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando”, exemplo pouco citado na doutrina.

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 51.

⁴⁸ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Comentário ao Código de Processo Civil**, v. II, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 558. Apud SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 43.

⁴⁹ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Comentário ao Código de Processo Civil**, v. II, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 563 (destacou-se). Apud SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 43.

3.2 Interesse de agir

O interesse de agir consubstancia-se, segundo a doutrina, no trinômio necessidade-utilidade-adequação. Ou seja, é necessário que se demonstre uma situação de litígio, ao menos em potencial, que justifique a intervenção do Estado-Juiz (necessidade do provimento jurisdicional). Para THEODORO JÚNIOR, citando ALLORIO,

Essa necessidade se encontra naquela situação 'que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmarmos titulares)'. Vale dizer: o processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica. Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação.⁵⁰

Ainda, deve haver adequação entre a controvérsia levada a juízo e o tipo de provimento judicial almejado. Faltará adequação e o processo será extinto sem resolução de mérito, por exemplo, quando o autor ajuizar ação de mandado de segurança pretendendo o pagamento de uma dívida.

De acordo com LIEBMAN, o interesse de agir é "a relação de utilidade entre a afirmada lesão a um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido."⁵¹

Daí por que parte da doutrina não enxerga na utilidade um dos componentes do interesse de agir, preferindo falar apenas do binômio necessidade-adequação, porque o processo seria útil se houvesse necessidade do provimento e adequação entre este e a lesão afirmada pelo autor, pois não se pode confundir o interesse processual com o interesse (material) em ter seu direito reconhecido mediante uma sentença de procedência do pedido inicial.

Nesse sentido, vale conferir a lição do Professor OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, que através dos ensinamentos de LIEBMAN, entre outros, muito bem equaciona o tema:

Pode haver, ainda, uma terceira hipótese de *carência de ação*: quando falte

⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 51.

⁵¹ LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de direito processual civil**. Tradução de Cândido Rangel. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 156. Apud SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 43.

ao autor 'legítimo interesse' para estar em juízo. Trata-se, aqui, do que a doutrina chama de 'interesse processual', que **não coincide com o interesse que tem, no plano do direito material, o respectivo titular do direito**. O *legítimo interesse de agir*, a que se refere o art. 3º do CPC, define-se como a necessidade que deve ter o titular do direito de servir-se do processo para obter a satisfação de seu interesse material, ou para, através dele, realizar o seu direito. Se o provimento judicial pretendido por aquele que pede a proteção jurisdicional não for idôneo para a realização do direito cuja proteção se requer, seria realmente inútil prosseguir no processo, até a obtenção de uma sentença que desde logo se sabe incapaz de proteger o respectivo interesse da parte. Daí dizer J. FREDERICO MARQUES (*Instituições*, v. 2, p. 33) que 'para que haja interesse de agir é necessário que o autor formule uma pretensão adequada à satisfação do interesse contido no direito subjetivo material. O interesse processual, portanto, se traduz em pedido idôneo a provocar a atuação jurisdicional'. Se não houver adequação entre a situação concreta de direito material indicada pelo autor e o provimento que o mesmo solicita para protegê-la, o processo resultaria inútil e o interessado estaria a fazer uso indevido do Poder Judiciário.

Não se confunde, pois, esta categoria de interesse com o real interesse substancial ou material (J. M. ARRUDA ALVIM, *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 288). O autor poderá ter interesse em ver restaurado o direito, cuja violação vem afirmada no processo, sem que, no entanto, tenha legítimo interesse na obtenção *daquele tipo de tutela* por ele reclamada, justamente porque a violação do direito e o meio escolhido para protegê-lo há um descompasso capaz de tornar o processo inidôneo para a finalidade pretendida para o interessado.

'A existência do conflito de interesses' - diz LIEBMAN - 'fora do processo é a situação de fato que faz nascer no autor interesse de pedir ao juiz uma providência capaz de resolvê-lo. Se não existe o conflito ou se o pedido do autor não é adequado para resolvê-lo, o juiz deve recusar o exame do pedido como inútil, antieconômico e dispersivo' (O despacho saneador e o julgamento de mérito, *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, p. 125).⁵²

3.3 Legitimação

A condição da ação alusiva à legitimação para agir (*legitimatío ad causam*) é expressamente adotada pelo Código de Processo Civil, cujo artigo 3º prevê: "Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade". Por sua vez, o artigo 6º dispõe que: "Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei".

A legitimação para agir é nada menos que a presença, no processo, dos verdadeiros titulares da relação jurídica posta em causa. No dizer de CARNELUTTI, os sujeitos do processo identificar-se-iam com os sujeitos da lide⁵³.

Humberto THEODORO JÚNIOR, citando o Professor Moacyr AMARAL

⁵² SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de Processo Civil, volume 1, tomo I: processo de conhecimento**. 8ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 82.

⁵³ Apud SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de Processo Civil, volume 1, tomo I: processo de conhecimento**. 8ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 81.

SANTOS, explica: “A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão⁵⁴”.

Mas, além da legitimação ordinária, é preciso lembrar que o ordenamento jurídico apreende, ainda que excepcionalmente, casos de legitimação extraordinária, que ocorre quando a parte, em nome próprio, pleiteia direito alheio. Dá-se, então, o que se chama de substituição processual.

⁵⁴ AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, 5ª ed., vol. I, nº 129. São Paulo: 1977. Apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 54.

4. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO FRENTE ÀS PARTICULARIDADES DO PROCESSO PENAL

Já vimos que os conceitos e institutos do processo civil não podem ser aplicados ao processo penal sem que se proceda a uma filtragem de maneira a adequá-los às peculiaridades que esse sistema apresenta.

Isso também se dá mormente com as condições da ação, que no processo civil, como vimos, são apresentadas como (i) possibilidade jurídica do pedido, (ii) interesse de agir e (iii) legitimação para agir (*legitimatio ad causam*).

As condições da ação apresentadas no processo civil efetivamente se revelam-se inservíveis para o processo penal, afinal, consoante assentou Maria Thereza Rocha de Assis MOURA:

Concluimos, das denominadas condições da ação, ser de todo desaconselhável e impróprio, tecnicamente, transferir o entendimento existente no Direito Processual Civil para o Direito Processual Penal. Tais como definidas as condições naquele ramo do Direito, não se ajustam ao processo penal. Inútil querer ignorar o jurista, a martelo, as evidentes diferenças existentes entre as duas disciplinas, para ver operar na ação penal condenatória as três condições da ação, tal como divisadas no processo civil.

Saliente-se, nesse passo, que a moderna doutrina, inclusive a estrangeira, tem sustentado que o tratamento dado ao Direito Processual Civil às condições da ação não pode ser o mesmo no processo penal.⁵⁵

Pegue-se, por exemplo, a condição da ação (do processo civil) pertinente ao interesse de agir, “ancorado na necessidade-proveito: tem interesse aquele que necessita ir a juízo ou quem poderá ter uma decisão útil, proveitosa”⁵⁶, que “perde sua razão de ser, frente a indefectibilidade da jurisdição penal.”⁵⁷

De fato, o interesse de agir, calcado no binômio necessidade-adequação, não se presta para os fins da ação penal condenatória. É que o processo penal sempre será necessário, pois somente através dele o Ministério Público ou o pretense ofendido ou quem lhe faça às vezes pode demonstrar a materialidade do delito e a prova da autoria, de modo a fazer recair sobre o réu a pena.

⁵⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 215.

⁵⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 145-146.

⁵⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 146.

Mesmo que o acusado aceite se submeter a pena, a sentença condenatória que reconheça sua culpa é imprescindível para a execução de tal medida, dado o preceito que vigora em nosso texto constitucional (*nulla poena sine iudicio*), decorrente da interpretação conjugada dos incisos LIII e LIV do artigo 5º da Constituição Federal, segundo os quais, respectivamente, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” e “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O entendimento da autora Maria Thereza Rocha de Assis MOURA não destoa:

O mesmo se diga do interesse de agir, que decorre da necessidade de intervenção do Poder Judiciário para a imposição da sanção penal e da adequação do provimento pleiteado. Tais requisitos são ínsitos à acusação, não só em virtude da legalidade, como também da regra da obrigatoriedade da ação penal. Irrelevante, pois, mencionada condição da ação, para a ação penal de natureza condenatória.⁵⁸

Assim, no processo penal, partiu a doutrina da interpretação do art. 395 do Código de Processo Penal – que dispõe sobre as hipóteses de rejeição da denúncia ou da queixa –, em cotejo com o artigos 18, também do CPP.

Referidos dispositivos legais apresentam a seguinte redação, respectivamente:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:
I – for manifestamente inepta;
II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal;
III – faltar justa causa para o exercício da ação penal.
Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícias.

Cumprido registrar que a redação do art. 395 sofreu alteração mediante a Lei n.º 11.719/2008, sendo que a disciplina nele regulada era antes disposta pelo art. 43 do CPP dessa maneira, *verbis*:

Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:
I – o fato narrado evidentemente não constituir crime;
II – já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa;

⁵⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 217.

III – for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

Parágrafo único. Nos casos do nº III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição.

Pois bem, a partir da leitura sistemática desses dois dispositivos foi que a doutrina estabeleceu, então, para o processo penal, as seguintes condições da ação: **a)** tipicidade objetiva; **b)** punibilidade concreta; **c)** legitimidade de parte; e **d)** justa causa (a partir do art. 43, III, 2ª parte e, hoje, mais expressamente, a partir do art. 395, III, do CPP).⁵⁹

Sobre a aparente injustificabilidade de o legislador ter separado, da redação do inciso III do hoje revogado art. 43, a ilegitimidade de parte das condições para o exercício da ação penal, como que a denunciar que aquela não se inseria numa das hipóteses de condições da ação, ensina o Professor Antônio Acir BREDA o seguinte:

Em princípio, parece injustificável que a norma fale em ilegitimidade de parte, como coisa diversa das condições exigidas para o exercício da ação penal. Pensamos, porém, que a norma não contém qualquer demasia. É que, além da tipicidade objetiva, da punibilidade concreta e da legitimidade, o Código de Processo Penal exige outra condição para o exercício da ação penal. Em todos os casos em que, oferecida a denúncia, ela será rejeitada (artigo 43 do Código de Processo Penal), a rigor o agente do Ministério Público deve pedir o arquivamento do inquérito policial, com exceção da falta de legitimidade, em que ele se abstém. Em outras palavras, o Ministério Público deve pedir o arquivamento do inquérito policial (ou de outros elementos de convicção) quando faltarem as condições exigidas para o exercício da ação penal. Como há uma outra hipótese de arquivamento (artigo 18 do Código de Processo Penal), indubitavelmente, faltarão condições para o exercício da ação penal, nos casos que o titular do *ius puniendi* pedir o arquivamento 'por falta de base para a denúncia'. Estaríamos diante da chamada falta de justa causa para a acusação, isto é, falta de prova do fato e de indícios de autoria, requisitos indispensáveis ao exercício da ação penal, uma vez que o processo penal não se compadece com a acusação fruto de mera elaboração mental.

Com efeito, é impossível o exercício de qualquer pretensão punitiva, mesmo havendo prova de um fato delituoso, na ausência de qualquer indício de quem tenha sido o seu autor. Em suma, a denúncia exercida com falta de base para acusação (idoneidade da pretensão) pode ser fruto de mera denúncia caluniosa, devendo, por isso mesmo, ser rejeitada.⁶⁰

Soa compreensível, assim, que o legislador tenha dito, no inciso III do artigo 43 do Código, que a denúncia ou queixa será rejeitada quando “faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal”. E, uma dessas condições se vê no

⁵⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 145.

⁶⁰ BREDA, Antônio Acir. **Efeitos da declaração de nulidade no processo penal**. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, 1980, nº 2, p. 97.

texto do Código, art. 18, que prevê a “falta de base para a denúncia” como hipótese para ordenar o arquivamento do inquérito.

Cabe, aqui, retornar à lição de COUTINHO, quando ele diz, citando BREDA:

Agora, nada impede que o juiz, ao receber a inicial, penetre fundo na discussão da prova e decida pelo arquivamento do inquérito policial. Estaríamos diante de uma decisão de mérito, em que pese a jurisprudência assim não entender. O fato, absolutamente, não constitui crime; qualquer dúvida, a mínima que seja, leva o juiz a decidir positivamente, instaurando o processo. A decisão de mérito, aqui, será a sentença. São situações diversas.⁶¹

Cuidaremos, agora, de tratar de cada uma das condições para o exercício da ação penal condenatória, com exceção da justa causa, que, posto constituir o cerne do presente trabalho, será abordada no quarto e último capítulo.

4.1 Tipicidade objetiva

O problema em falar-se em tipicidade objetiva é a indevida restrição que se faz na análise que o juiz deve fazer quando do recebimento da inicial acusatória. É que o artigo 397, III do Código de Processo Penal dispõe que o juiz deve absolver sumariamente o acusado quando “o fato narrado evidentemente não constitui crime”. E, como se sabe, a tipicidade é apenas um dos elementos caracterizados do delito, a par da ilicitude e da culpabilidade.

Portanto, prefere-se a expressão *fumus commissi delicti*, ou seja, deve a denúncia ou queixa demonstrar a prática de um fato aparentemente criminoso, não apenas típico, mas que não haja uma causa manifesta de excludente da ilicitude (de justificação) ou da culpabilidade. Nesse sentido, os incisos I e II do citado art. 397 dispõem que o juiz também deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar, respectivamente, “a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato” ou “a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade”.

Como se vê, há imperfeição técnica na redação dos incisos do artigo 397 do CPP, pois quando o inciso III menciona como causa de absolvição sumária a narrativa de um fato que evidentemente não constitui crime, já abrangeu o caráter

⁶¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989, p. 147.

ilícito e culpável da conduta, revelando-se desnecessários os próximos dispositivos.

Assim, a denúncia ou a queixa devem contemplar acusação relativa a um tipo penal previsto no ordenamento jurídico (tipicidade), mas, além disso, exige-se a ausência de comprovação da incidência de uma causa manifesta de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, caso contrário, estará o juiz autorizado a absolver de pronto o acusado.

Nesse sentido, é a conclusão do Professor AURY LOPES JR.:

[...] a exigência de que a acusação demonstre a verossimilhança da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade também decorre da exigência constitucional da proporcionalidade, vista como proibição de excesso de intervenção, em que o custo social e jurídico do processo penal fazem como que ele não se contente com a mera tipicidade se for manifesta a presença de uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. Ademais, deve-se recordar que a ação processual penal constitui um direito potestativo, público, autônomo, abstrato, mas que **exige a demonstração de uma conexão instrumental em relação ao caso penal**. Nesse ponto, aproxima-se do conceito de *direito concreto* para exigir, já nas condições da ação, um mínimo de vislumbre da concretude do direito material cujo reconhecimento se busca.⁶²

4.2 Punibilidade concreta

A punibilidade concreta está relacionada a causas que, incidentes no caso concreto, impedem o exercício da pretensão acusatória. Isso ocorre, por exemplo, com a prescrição, a decadência, a renúncia (nos casos de ação penal de iniciativa privada ou ação penal pública condicionada à representação) e as demais arroladas no artigo 107 do Código Penal. A verificação de qualquer delas, no caso concreto, deve ser reconhecida de pronto pelo juiz de direito, rejeitando a inicial acusatória, ainda que o artigo 397, IV do Código de Processo Penal disponha que a extinção da punibilidade do agente é causa para absolvição sumária do acusado. Na verdade, a distinção que ocorre entre as causas para a rejeição da denúncia e as relacionadas à absolvição sumária reside apenas no momento em que é produzida a prova da incidência da respectiva causa, ou seja, se antes do recebimento da denúncia, a inicial deve ser rejeitada, se depois, deve haver a absolvição sumária. Na síntese de AURY LOPES JR., "A decisão de absolvição sumária fica reservada aos casos em

⁶² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, 8ª ed., vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 345.

que essa prova somente é produzida após o recebimento da denúncia (ou seja, após a defesa escrita do acusado"⁶³.

4.3 Legitimidade de parte

Maria Thereza Rocha de Assis MOURA não reconhece a legitimação como condição para a ação penal. Segundo ela,

[...] a legitimação para a causa importa, e muito, enquanto legitimidade passiva, já que, no pólo ativo, ordinariamente, é legitimado o Estado-Administração, enquanto detentor do *ius puniendi*. Temos, contudo, que **sua inserção como condição da ação se faz até mesmo desnecessária**, na medida em que o legislador expressamente, inquina de nulidade absoluta o processo, quando ocorrer ilegitimidade *ad causam* (art. 564, II, CPP).⁶⁴

Contudo, com a devida vênia da autora, a legitimidade de parte (*legitimatio ad causam*) pode ser considerada uma das condições para o exercício da ação penal condenatória, porém não como concebida por CARNELUTTI no sentido da pertinência subjetiva da ação e considerando a existência de uma lide a ela subjacente.

Isto porque, no processo penal, "a legitimidade decorre da sistemática legal adotada pelo legislador brasileiro e não propriamente do interesse"⁶⁵. Assim, o MP é legitimado para os delitos de ação penal de iniciativa pública, condicionada ou não, ao passo que o ofendido ou seu representante legal estão autorizados a agir nas ações penais de iniciativa privada.

O Professor AURY LOPES JR. não acompanha a doutrina que preconiza que o ofendido, na qualidade de autor da ação penal de iniciativa privada, seria um substituto processual, verdadeiro legitimado extraordinário no exercício de um direito que não é seu (*ius puniendi* do Estado). De acordo com ele, nem o Ministério Público, tampouco a vítima, detém o poder de punir, que é reservado ao juiz. Assim, ambos exercem, sim, no processo penal, um poder que lhes é próprio, vale dizer, a

⁶³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, 8ª ed., vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 346.

⁶⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 217.

⁶⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, 8ª ed., vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 348.

pretensão acusatória⁶⁶.

No tocante à legitimação passiva, entende AURY LOPES JR. que esta deve corresponder à autoria do injusto típico, sendo que não se exige um juízo de certeza nessa fase, mas apenas de mera probabilidade e verossimilhança derivado das peças de informação (v.g., o inquérito policial) que devem acompanhar a denúncia ou a queixa-crime.

No entanto, adota-se o entendimento de Marco Aurélio Nunes da Silveira, para quem só há falar em legitimidade no processo penal com relação ao polo ativo⁶⁷. Embora invocando, em sua dissertação de mestrado, o artigo 43, parágrafo único do Código de Processo Penal ("Nos casos do n. III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que **promovida por parte legítima**"), que atualmente encontra-se revogado, cremos que o outro fundamento por ele apontado ainda persiste: é na justa causa, verdadeira condição da ação, em que se examina a presença dos indícios suficientes de autoria de maneira a verificar a pertinência da imputação em relação ao sujeito contra quem foi proposta a ação.

⁶⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, 8ª ed., vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 347.

⁶⁷ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **O interesse de agir e sua (in)adequação ao direito processual penal**. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 127.

5. A JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL

5.1 Natureza jurídica

Há controvérsia na doutrina acerca da natureza jurídica da justa causa no processo penal.

Boa parte, contudo, vê nela verdadeira condição para o regular exercício da ação penal, em conjunto com a tipicidade aparente, punibilidade concreta e legitimação para agir, temas de que tratamos no capítulo anterior. E o fazem, com efeito, lastreada na forma como o Código de Processo Penal trata da temática.

De fato, já antes da reforma operada pela Lei 11.719/2008, o CPP previa, em seu artigo 43, como causa para a rejeição da denúncia ou da queixa, a "falta de condição exigida pela lei para o exercício da ação penal". Conjugando-se esse dispositivo com aquele do art. 18, segundo o qual "Depois de ordenado o inquérito, **por falta de base para a denúncia...**", a doutrina havia chegado ao conceito de justa causa.

Com a alteração do art. 395 do CPP, este passou a prever expressamente que a denúncia ou a queixa será rejeitada quando "faltar justa causa para o exercício da ação penal" (inciso III).

Afrânio SILVA JARDIM foi um dos precursores na doutrina nacional a considerar a justa causa como a quarta condição da ação. De fato, sustentou ele que a simples propositura da ação penal condenatória já seria suficiente a abalar o estado de dignidade do acusado, repercutindo na órbita de seu patrimônio moral, partilhado com a sociedade em que desenvolve suas atividades⁶⁸. De forma que o legislador, então, exigiu da acusação um lastro mínimo de prova para invocar legitimamente a tutela jurisdicional que deveria acompanhar a denúncia ou a queixa formulada, lastro mínimo este que deveria provir ou do inquérito policial ou de outras peças de informação⁶⁹. "Não é necessário, para a sua existência [da justa causa], que exista prova cabal, mas alguma prova, ainda que leve. Já a análise da prova (se

⁶⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12ª edição. São Paulo: Lumen Juris, 2009, p. 117.

⁶⁹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 218.

é boa ou ruim) constitui matéria de mérito"⁷⁰.

Assim, sustenta Afrânio SILVA JARDIM que o princípio da obrigatoriedade da ação penal somente se aplica quando existente esse conjunto probatório mínimo, vale dizer, a prova material do delito, os indícios de autoria e alguma prova de sua ilicitude e culpabilidade.

A justa causa deve ser examinada no momento da admissibilidade da acusação, sendo que a sua falta implica a rejeição da peça inicial, com o trancamento do processo⁷¹ no seu nascedouro. Nesse caso, o juiz de direito não se pronunciará acerca da procedência ou não da pretensão acusatória contida na denúncia ou na queixa.

Maria Thereza Rocha de Assis MOURA, porém, não enxerga a justa causa como uma condição da ação, embora não deixe de concordar que a acusação efetivamente não pode ser leviana e temerária. Defende a corrente de que a falta de qualquer das condições da ação (descrição de fato típico, legitimidade e interesse de agir) implica a falta de justa causa.

Luís Renato Ferreira da Silva destaca que ela decorre de outras duas condições já existentes: interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido, que já seriam suficientes como "elementos limitadores da sinceridade de acionar"⁷². Posição semelhante defendeu José Raimundo Gomes da Cruz, salientando que haveria justa causa se presentes as condições da ação penal conforme decorrência do hoje revogado artigo 43 do Código de Processo Penal (crime em tese, punibilidade e legitimação para agir, sendo que a primeira equivaleria à possibilidade jurídica do pedido e a segunda, ao interesse de agir)⁷³.

⁷⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 218.

⁷¹ Estamos aqui com o Professor AURY LOPES JR., que prefere a expressão "trancamento do processo" a "trancamento da ação penal", porque "sendo a ação um poder político constitucional de invocação não há que se falar em *trancamento da ação*, um erro que decorre da constante confusão entre ação e pretensão. [...] Contudo, a rigor, *ação* é o poder jurídico de acudir aos tribunais para ver satisfeita uma pretensão. Logo, não há que se falar de 'trancamento' do poder que já foi exercido!" (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, 8ª ed., vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 329).

⁷² SILVA, Luís Renato Ferreira da. **A justa causa como condição para o exercício da ação penal**, RT 655/403-404, São Paulo, 1990. Apud MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 218.

⁷³ CRUZ, José Raimundo Gomes da. **Justa causa e abuso do poder referentes à propositura da ação penal**, RT 423/303-316, São Paulo, 1971. Apud MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos

No mesmo sentido, tem-se o pensamento de Rogério Lauria TUCCI, que relaciona a justa causa às condições da ação:

Basta, portanto, que não se enquadra em qualquer moldura legal (tipicidade), o fato narrado na acusação; ou que não se patenteie, de pronto, o interesse à prestação jurisdicional invocada, com o estabelecimento da necessária correlação entre o conteúdo desta e a situação antijurídica noticiada na peça vestibular da ação penal; ou, ainda, que a acusação não tenha sido formulada por quem seja, pela legislação em vigor, expressamente autorizado a fazê-lo, ou seja dirigida contra quem, por variados motivos, esteja livre de sofrê-la, - para que se possa afirmar a falta de *justa causa* para a formação do processo criminal.⁷⁴

Onde residiria, então, a necessidade de um lastro probatório mínimo a conferir legitimidade à pretensão acusatória? Responde Maria Thereza Rocha de Assis MOURA que na necessidade da denúncia ou queixa descrever fato criminoso, porque

Tanto faz a denúncia narrar fato em tese atípico, como descrever fato que não guarde ressonância para com a prova colhida. Em ambos os casos haverá ilicitude e, mais do que isso, imoralidade. E tanto a doutrina como a jurisprudência entendem que faltará, na hipótese, justa causa para a ação penal.⁷⁵

Semelhante é a análise que faz o Professor Juarez CIRINO DOS SANTOS, para quem a justa causa parece uma condição desnecessária porquanto seus elementos (prova da materialidade e indícios suficientes de autoria) estariam contidos no tipo aparente de injusto:

A óbvia superioridade desta teoria não evita conflitos - que só o debate crítico coletivo pode resolver -, como por exemplo entre *tipicidade aparente* e *justa causa*: por um lado, situações de ausência de tipo de injusto são também situações de falta de justa causa; por outro lado, a justa causa como categoria compreensiva da materialidade e dos indícios de autoria, tem por objeto elementos do tipo de injusto: a prova da materialidade indica o resultado típico e os indícios de autoria indicam o sujeito ativo produtor do dolo e da imprudência materializados no resultado típico - e assim a justa causa parece uma condição desnecessária, porque seus elementos já

Tribunais, 2001, p. 221.

⁷⁴ TUCCI, Rogério Lauria. **Habeas corpus, ação e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 167. Apud MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 218.

⁷⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 222.

estariam contidos no (aparente) tipo de injusto.⁷⁶

Assume-se, porém, aqui, o entendimento manifestado por Marco Aurélio Nunes da Silveira, segundo o qual a tipicidade aparente e a justa causa, embora enfrentem o mesmo problema (o caso penal), avaliam-no sob perspectivas distintas. Enquanto a justa causa trabalha com o campo probatório relacionado à prova da ocorrência de um fato criminoso e aos indícios bastante de autoria desse fato, a tipicidade aparente, por outro lado, "enfrenta o problema desde uma ótica *valorativa*, que diz com a adequação da imputação fática contida na denúncia, ainda que aparentemente, ao fato comprovado"⁷⁷.

Os exemplos fornecidos pelo citador autor são elucidativos:

[...] nos crimes contra a honra perpetrados pela imprensa, a prova do fato é facilíssima e consiste tão-somente na apresentação do exemplar do jornal que veiculou a ofensa que, em geral, também comprova a autoria do suposto delito; já, agora, o juízo de aparente adequação típica de tal fato, que toma por base a imputação fática narrada na acusação, foge ao âmbito de análise da *justa causa*. Ainda, em outra situação, note-se que um fato imputado com base em declarações unilaterais da vítima, ainda que pudesse atender ao requisito da *tipicidade aparente*, fadaria a acusação à rejeição ante a falta de provas idôneas do fato.⁷⁸

Portanto, não há como negar que, realmente, tipicidade aparente e justa causa operam em planos diversos, pois o exame daquela é feito aprioristicamente, ou seja, sem levar em conta os elementos de prova produzidos até a formulação da acusação. Tal condição da ação é preenchida pela simples adequação da narração contida na inicial com algum tipo penal presente no ordenamento. Basta ao magistrado ler a denúncia ou a queixa para saber se há tipicidade objetiva na acusação.

Tal não ocorre, contudo, com a justa causa. Aqui, pelo contrário, é necessário que o magistrado proceda a uma profunda análise do acervo indiciário colhido no decorrer da investigação, ou a partir de outras peças de informação, de

⁷⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 662. Apud SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **O interesse de agir e sua (in)adequação ao direito processual penal**. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 131.

⁷⁷ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **O interesse de agir e sua (in)adequação ao direito processual penal**. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 132.

⁷⁸ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **O interesse de agir e sua (in)adequação ao direito processual penal**. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 132.

maneira a encontrar a prova da ocorrência do fato criminoso, bem como os indícios que permitam inferir que certo indivíduo é o provável autor desse fato.

Por outro lado, entende Maria Thereza Rocha de Assis MOURA que a justa causa é muito mais que condição da ação, posto que, relacionada ao mérito, seu exame no caso concreto foge a uma análise meramente abstrata, para se incursionar em elementos que demonstrem a existência de fundamentos de fato e de direito que, relacionados ao caso concreto, permitam aferir a razão suficiente para a instauração da ação penal. E, citando José Barcelos de Souza, conclui:

[...] com um uso abrangente que vem tendo na prática forense, a expressão *falta de justa causa* tem-se apresentado com um nome-ônibus a designar situações diversas comprometedoras da viabilidade do processo penal, dentre elas a falta de condição de procedibilidade ou de condição da ação, servindo, assim, de rótulo para as causas de rejeição da denúncia ou queixa. Mero rótulo que não transforma a justa causa numa condição específica da ação ou de procedibilidade.⁷⁹

Nada obstante, adota-se, neste trabalho, a corrente encabeçada por FOWLER, BREDÁ e COUTINHO, que considera a justa causa como verdadeira condição para o regular exercício da ação penal.

5.2 As diversas acepções do termo "justa causa"

Anota Maria Thereza Rocha de Assis MOURA que a expressão "justa causa" no processo penal ainda não foi bem delimitada pela doutrina, porém é possível compreender que ela possui uma acepção própria diferente da versada nos demais ramos do direito, como o direito do trabalho e inclusive o processo civil.

Uma primeira ideia, porém, para a justa causa reside na proteção do abuso de direito no processo penal. Em sentido genérico, também, o artigo 648, I do Código de Processo Penal afirma que a falta de justa causa gera a ilegalidade da coação, passível portanto de ser reparada na via do *habeas corpus*.

O caráter genérico do termo é defendido por parte da doutrina, segundo a qual "deve ficar ao critério do juiz apreciar a injustiça ou a justiça da razão determinante da coação no caso concreto, a fim de considerar legal ou não o

⁷⁹ SOUZA, José Barcelos de. **Direito processual civil e penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 78. Apud MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 222.

constrangimento"⁸⁰.

Mas a maioria da doutrina, segundo a referida autora, prefere

enumerar os casos de falta de justa causa, como fizeram os antigos, destacando que ela abrange, dentre outras hipóteses, a falta de criminalidade do fato; a falta de prova; a não-identidade da pessoa; a conservação indevida de uma pessoa na prisão, em vez de ser transferida para outra, a fim de ser julgada; a prisão que não repousa em um fato provado sumária ou concludentemente, de onde resulte criminalidade ou justificação para detenção do paciente; ausência de indícios suficientes de autoria; a prisão feita por motivos vagos, porque ilegais; a conservação do acusado na prisão quando o crime, por sua natureza, permite que ele se livre solto; a extinção da punibilidade; o processo manifestamente nulo.⁸¹

Pode-se dizer, portanto, que a justa causa, tomada em um sentido amplo, é qualquer medida tomada sem apoio ou justificativa na lei. José Frederico Marques vai além para dizer que, ainda que o ato realizado encontre amparo legal, se ele contraria princípio jurídico ou seu fundamento não se mostra razoável frente ao direito objetivo, ainda assim, haverá injusta violação à liberdade, logo, coação ilegal. De forma que a justa causa, para ele, seria o "conjunto de elementos e circunstâncias que tornem viável a pretensão punitiva"⁸².

Daí por que conclui Maria Thereza não ser possível sustentar a tese de que não há um conceito de justa causa para o processo penal. Ainda que a justiça da situação seja em grande parte examinada pelo magistrado no caso concreto, um conceito-limite é factível.

Segundo Plínio de Oliveira CORRÊA, a justa causa se apresenta, para o processo penal, sob cinco diferentes enfoques, ou seja:

- a) o primeiro vincula-a ao conceito de ilegalidade da prisão, remontando este entendimento ao Código de Processo Criminal de 1832;
- b) o segundo utiliza-a para fundamentar a concessão do *habeas corpus* quando o fato imputado não constituir infração penal, e encontrou embasamento legal, inicialmente, em alguns códigos estaduais. Possui grande ressonância, não só na doutrina como na jurisprudência, desde o século passado;

⁸⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 166.

⁸¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 166.

⁸² MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 73. Apud MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 169-172.

- c) o terceiro fixa-a como figura equivalente às hipóteses de recebimento da denúncia ou da queixa, previstas *contrário sensu* no art. 43 do CPP (que se assemelha à regra constante do art. 78 do CPP Militar), tendo surgido com o advento do Código de Processo Penal em vigor;
- d) o quarto situa-a como elemento identificador dos casos de coação ou constrangimento ilegal, enumerados no art. 648 do diploma processual penal (e no art. 467 do CPP Militar), funcionando, no dizer de José Frederico Marques, como 'norma genérica de encerramento';
- e) o quinto coloca-a como uma das condições da ação penal e está intimamente ligado à *persecutio criminis*.⁸³

Maria Thereza Rocha de Assis MOURA utiliza esse elenco de possibilidades em apoio de sua tese de que a justa causa não pode ser vista como uma condição para a ação penal, afinal

Se examinarmos detidamente todas as posições acima enunciadas, veremos que a ilegalidade da prisão, a ausência de tipicidade do fato, o não-preenchimento dos requisitos estabelecidos no art. 43 do CPP, a ocorrência de uma das situações descritas no art. 648 do mesmo *Codex*, e, por último, a ausência de uma das denominadas condições da ação, correspondem às múltiplas hipóteses de falta de justa causa, geralmente enumeradas pela doutrina, e que devem ser verificadas em cada caso concreto. E, por certo, não podem e não devem ser confundidas com seu conceito.⁸⁴

Se adotarmos a expressão "justa causa" em seu sentido amplo (a causa conforme o ordenamento jurídico, no dizer de Maria Thereza), não há dúvida de que ela pode ser entendida sob todas aquelas formas descritas por Plínio de Oliveira Corrêa, inclusive ousaríamos acrescentar outras mais, descambando do processo penal. No direito do trabalho o termo não só está presente, como também é objeto de bastante polêmica, principalmente em torno da relação entre a justa causa e a falta grave como motivo para a rescisão do contrato de trabalho. Mas, no campo trabalhista, uma coisa é certa: não há justa causa sem prévia e expressa previsão legal⁸⁵.

Mas, em sentido estrito, a justa causa pode sim ser apreendida de forma

⁸³ CORRÊA, Plínio de Oliveira. **Justa causa na reforma processual-penal brasileira.** In Revista do Serviço Público 111/59-64. Brasília: 1983, p. 60-62. Apud MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência.** Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 174-175.

⁸⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência.** Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 175.

⁸⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência.** Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 106.

mais restrita, relacionando-se a uma das condições da ação penal e impondo àquele que formula a acusação em juízo o dever de demonstrar a materialidade delitiva, os indícios suficientes de autoria e alguma prova da ilicitude e censurabilidade da conduta.

De forma que as hipóteses descritas por Plínia de Oliveira Corrêa podem ser encaixadas em outras categorias.

O item "a", relativo à ilegalidade do encarceramento, enseja pedido de relaxamento da prisão, pois, nos termos do artigo 5º, LXV da Constituição Federal, "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária"; não sendo acolhido o pleito pelo juiz de direito, caberá a impetração de *habeas corpus* ao Tribunal, invocando-se o disposto no artigo 648 e, a depender do caso, os incisos I, II, III, IV e V do Código de Processo Penal⁸⁶.

Dentre os casos de prisão ilegal que autoriza seu relaxamento, pode-se citar, a título de exemplo, a prisão em flagrante quando não ocorrem qualquer dos requisitos do artigo 302 do Código de Processo Penal⁸⁷ ou quando a prisão perdura por mais tempo do que lei prevê, adotando, neste caso, os prazos descritos na legislação processual penal para o término da instrução do inquérito policial ou da ação penal⁸⁸.

O segundo item, que, para o autor, autoriza a concessão de *habeas corpus* quando o fato imputado não constituir infração penal, consubstancia, do ponto de vista da presente pesquisa, falta da primeira condição para o regular exercício da ação penal, ou seja, a tipicidade aparente, a respeito da qual Fernando N. Bittencourt FOWLER afirma que:

⁸⁶ Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:
I - quando não houver justa causa;
II - quando estiver preso há mais tempo do que determina a lei;
III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;
IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;
V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei autoriza;

⁸⁷ Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
I - está cometendo a infração penal;
II - acaba de cometê-la;
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração.

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

⁸⁸ Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

Sem que o fato típico objeto da imputação tenha a aparência de delito definido na lei penal, impossível é que a acusação se revista de idoneidade para justificar a instauração de um processo. O fato constante da imputação deve ser certo e determinado, isto é, representativo de um trecho de realidade vivida, que **guarde correspondência a um modelo abstrato cunhado na lei penal.**⁸⁹

O autor Plínio de Oliveira CORRÊA coloca que a circunstância de o fato imputado não constituir infração penal autoriza a concessão de *habeas corpus*, mas, nada obstante isso, não se pode olvidar a possibilidade de o juiz rejeitar a inicial acusatória (art. 395, II do CPP⁹⁰) ou então absolver sumariamente o acusado, após o oferecimento de resposta à acusação por parte dele (art. 397, III do CPP⁹¹).

Os itens "c" e "e" podem ser interpretados em conjunto e se relacionam com a justa causa como condição para o regular exercício da ação penal, funcionando, dessa forma, como requisito para o recebimento da denúncia ou da queixa.

5.3 A justa causa em seu sentido estrito

Anota Matia Thereza Rocha de Assis MOURA que o direito comparado não utiliza a expressão justa causa no sentido adotado pelo nosso processo penal, mas, em diversos países, existe um exame prévio da legitimidade da acusação, tendente à constatação de que um crime foi praticado e de que existem indícios suficientes a submeter determinada pessoa a julgamento. "O que muda, em cada sistema processual penal, é a intensidade da prova considerada apta para a coação processual"⁹².

O exame da legitimidade da acusação, no Brasil, salvo algumas exceções, não é precedido de um contraditório prévio que permita ao acusado combater os indícios produzidos contra ele. Embora a reforma do Código de Processo Penal pela Lei 11.719/2008 tenha instituído a resposta à acusação, tal peça é oferecida apenas depois do recebimento da denúncia ou queixa pelo magistrado.

⁸⁹ FOWLER, Fernando N. Bittencourt. **Anotações em torno da ação penal públicano projeto de reforma.** *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, a. 6, n. 7, 1977, p. 91.

⁹⁰ Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal.

⁹¹ Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime;

⁹² MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência.** Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 225.

Mas isso não impede que o réu, na sua resposta à acusação, dirija-se contra a legitimidade da acusação, apontando a deficiência dos elementos indiciários, ou então impetre *habeas corpus* ao Tribunal competente para fazer cessar a coação ilegal derivada da falta de justa causa (art. 648, I do CPP).

Resta saber, então, o que seria suficiente para o recebimento da acusação ou em que consistiria a "base para a denúncia", de trata o art. 18 do CPP.

Por anos a doutrina e a jurisprudência consideravam a impossibilidade de se aferir a justa causa a partir dos elementos do caso concreto. Diziam, pelo contrário, que esta deveria ser aferida em abstrato, e o trancamento do processo só seria possível quando da narrativa do fato se constatasse que ele não era criminoso. A prova desse fato era questão de mérito, analisada quando da instrução do processo. A lição de Vicente Sabino Júnior, citada por Maria Thereza Rocha de Assis MOURA, bem reflete essa posição:

Não se deve esquecer que a justa causa não se aprecia *in concreto*, mas *in abstrato*, porque ela só existe quando se atribua ao paciente procedimento que não constitua crime. Se, embora em tese, o fato que lhe é imputado caracteriza uma infração penal, **não há falta de justa causa, mesmo sendo injusta a imputação** (Revista Forense 177/341).⁹³

Mas a corrente mais avançada da doutrina entende que a justa causa deve ser levantada também a partir de questões de fato, dos elementos indiciários ou de prova colhidos no decorrer da investigação ou de outras peças de informação que permitam daí e existência material de conduta típica e indícios bastante de autoria. Corrente mais avançada que é refletida na seguinte passagem da obra da autora:

A existência do fundamento de fato pressupõe a existência de acusação que guarde ressonância para com a prova, relacionada com a existência material de um fato, no caso concreto, típico e ilícito, indícios suficientes de autoria e, por que não dizer, um mínimo de culpabilidade. Somente após a análise deste conjunto probatório é que se deve cogitar da obrigatoriedade do exercício da ação penal de natureza pública ou da faculdade de propor a queixa.

Tanto é que o Ministério Público deve requerer o arquivamento do inquérito se entender que não há base para a formulação da denúncia. Sob determinado ângulo, tal procedimento dá-se porque reconhecida a falta de justa causa para o processo criminal, que atinge o *status dignitatis* do indivíduo.

Ademais, a denúncia ou a queixa deve guardar fidelidade para com a prova

⁹³

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 239.

colhida no inquérito policial ou nos elementos de informação, já que a peça processual não pode e não deve afastar-se da realidade. Ou seja, o juízo da legitimidade não pode dar-se apenas sob o aspecto formal da denúncia ou queixa que relatar um fato típico em tese. Deve ater-se, também, ao exame do conjunto probatório.⁹⁴

A justa causa não pode ser compreendida apenas como prova da materialidade do fato e indícios suficientes de autoria para que se autorize a persecução criminal em juízo. Ora, ao tratar das causas de absolvição sumária, o artigo 397 do Código de Processo Penal menciona que uma delas refere-se a narrativa de um fato que evidentemente não constitui crime (inciso III). Isso significa que a acusação, ao formular denúncia ou queixa, deve demonstrar um fato aparentemente criminoso, ou seja, que ele corresponda a um tipo penal previsto no ordenamento jurídico. Mas, além disso, as peças de informação que dão arrimo a denúncia ou a queixa não devem conter a prova da incidência de uma causa manifesta de excludente de ilicitude ou culpabilidade. Pois crime, na moderna teoria jurídica, é a conjugação dos elementos tipicidade, ilicitude e culpabilidade, de forma que a simples prova da ocorrência de um fato, aliado aos indícios suficientes de autoria, não autorizam concluir que um crime efetivamente foi praticado. Por isso, Afânio SILVA JARDIM, citado por AURY LOPES JR., ressalta que:

não nos parece correta a afirmativa de que para a sua [acusação] admissibilidade basta que a denúncia esteja lastreada em prova da autoria e materialidade. Se examinarmos tais elementos ao nível da dogmática penal, vamos constatar que autoria e materialidade não chegam sequer a configurar um juízo de tipicidade, na medida em que as normas penais incriminadoras têm outros elementos essenciais, quer subjetivos, descritivos ou normativos.⁹⁵

Daí a conclusão a que chega AURY LOPES JR.:

[...] a exigência de que a acusação demonstre a verossimilhança da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade também decorre da exigência constitucional da proporcionalidade, vista como proibição de excesso de intervenção, em que o custo social e jurídico do processo penal fazem como que ele não se contente com a mera tipicidade se for manifesta a presença de uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. Ademais, deve-se recordar que a ação processual penal constitui um direito potestativo, público, autônomo, abstrato, mas que exige a demonstração de uma conexão instrumental em relação ao caso penal. Nesse ponto,

⁹⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 243-244.

⁹⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, 8ª ed., vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 344.

aproxima-se do conceito de *direito concreto* para exigir, já nas condições da ação, um mínimo de vislumbre da concretude do direito material cujo reconhecimento se busca.⁹⁶

Afinal, a par de seus aspectos formais (descrição de um fato típico, ilícito e culpável, legitimidade e ausência de causa extintiva da punibilidade), é necessário que a denúncia ou queixa satisfaça o requisito material, que reside justamente na necessidade de que os fatos narrados encontrem ressonância nos elementos indiciários produzidos, em ordem a evitar uma acusação temerária e leviana.

⁹⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, 8ª ed., vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 345.

6. CONCLUSÃO

A justa causa é, portanto, no direito processual penal, verdadeira condição para o regular exercício da ação penal, a par da tipicidade aparente e da punibilidade concreta.

A conexão do direito de ação (embora autônomo e abstrato) com o caso penal gera a necessidade de se criarem condições para a ação penal.

A justa causa não se confunde com a possibilidade jurídica do pedido, tampouco com o interesse de agir da acusação, posto que se tratam, estas, de categorias inerentes ao processo civil, cujas condições da ação não podem ser transportadas para o processo penal de maneira impensada, como faz boa parte da doutrina. Da mesma forma, defender uma Teoria Geral do Processo implica olvidar as peculiaridades que o sistema do processo penal apresenta.

A justa causa pressupõe a demonstração, pela acusação (exercitada mediante denúncia ou queixa-crime), da existência material do delito e de indícios suficientes de autoria, além de alguma prova, mínima que seja, da ilicitude do fato e da censurabilidade da conduta, pois o ordenamento jurídico pátrio não se compadece de acusações temerárias, fruto muitas vezes da elaboração mental do Ministério Público ou da vítima.

O prejuízo causado ao sujeito que se vê processado em ação penal revela-se de intensidade tal que sua moralidade pode restar abalada perante a sociedade em que vive.

Por isso, a exigência da justa causa para a persecução penal em juízo tem assento no valor maior que serviu de inspiração para a Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BREDA, Antônio Acir. **Efeitos da declaração de nulidade no processo penal**. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, nº 2, 1980.

BUZAID, Alfredo. **Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1956.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá Editora, 1989.

FOWLER, Fernando N. Bittencourt. **Anotações em torno da ação penal públicano projeto de reforma**. Revista do Ministério Público do Paraná, Curitiba, a. 6, n. 7, 1977.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal**. São Paulo: Bushatsky, 1977.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarence; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, 8ª ed., vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12ª edição. São Paulo: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de Processo Civil, volume 1, tomo I: processo de conhecimento**. 8ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **O interesse de agir e sua (in)adequação ao direito processual penal**. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.